

Natalia González Santamaría

**EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN
EL ÁMBITO FAMILIAR Y EN OTROS
ANÁLOGOS EN EL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL**

Trabajo de fin de Grado en Derecho

Director:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho penal

ZARAGOZA 2014

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II.- PRECEDENTES DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL Y REGULACIÓN POSITIVA VIGENTE

1. ANTECEDENTES

2. REGULACIÓN VIGENTE

III. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

IV. ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO

1. LA RELACIÓN CONYUGAL O EXCONYUGAL

2. RELACIÓN DE AFECTIVIDAD ANÁLOGA AL MATRIMONIO O EXRELACIÓN DE AFECTIVIDAD

3. RELACIONES DE PARENTESCO

4. RELACIONES TUTELARES O ASIMILADAS

V. CONDUCTA TÍPICA Y ESTRUCTURA DEL TIPO

1. EJERCICIO DE LA VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA

2. HABITUALIDAD

2.1. Número de actos de violencia

2.2. Proximidad temporal de las agresiones

VI. EL TIPO SUBJETIVO

VII. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

VIII. LA CULPABILIDAD

IX. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

X. RELACIÓN CONCURSAL CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

1. RELACIÓN CONCURSAL CON LOS DELITOS Y FALTAS DE LESIONES

2. RELACIÓN CONCURSAL CON LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

3. RELACIÓN CONCURSAL CON LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

XI. SANCIONES

XII. LA PRUEBA

XIII. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se trata de la regulación del delito de violencia habitual en ámbitos familiares y análogos a éstos en el Código Penal español, al cual define éste concretamente en su artículo 173.2. Esta materia ha sido (y continúa siendo) objeto de cambios constantes, debido a que la problemática sigue existiendo a pesar del paso del tiempo y a que por su gravedad y connotación social es un tema que preocupa a la gran mayoría de la sociedad y de las instancias políticas.

Independientemente del interés social, político y jurídico del tema en general, otro motivo especial que, en particular, me ha impulsado a la elección de este tema como trabajo de fin de grado es la profunda preocupación que suscita en mí la problemática de la violencia doméstica, concretamente en el caso de las mujeres. El tiempo pasa, la sociedad avanza y evoluciona, y sin embargo el problema, lejos de minimizarse, aumenta de modo alarmante como prueban las cifras y las estadísticas de episodios de violencia en ámbitos familiares y similares. Tengo conocidos que por desgracia han vivido de cerca situaciones de violencia en el seno familiar, por lo que estudiar el delito y su evolución, la forma de encuadrarlo en nuestro Código Penal y sus cambios me parecía un buen tema para finalizar mi Grado en Derecho.

Respecto a la metodología empleada, puesto que el trabajo lo he centrado en el estudio de la violencia doméstica habitual conforme a las normas establecidas en el Código penal español, y la base ha sido precisamente el artículo 173.2 que regula el delito de la violencia doméstica habitual y aquellos otros artículos concordantes, me he servido de los criterios tradicionales de la interpretación de las normas, a saber: el gramatical, el histórico, el lógico-sistemático y el teleológico, teniendo en cuenta en todo momento como referencia la realidad social de nuestro tiempo.

En lo que se refiere a las fuentes de conocimiento, para comprender el delito es necesario estudiar sus precedentes y su evolución, que son la causa de que hoy en día se regule de la manera que se hace, por lo que el primer paso que he seguido ha sido estudiar esos antecedentes. Tras conocer el «antes», paso esencial para conocer y comprender el «después», he pasado a analizar el delito en sí en su regulación actual, mediante la investigación y lectura de documentación sobre la materia, tanto de aquella que aborda el estudio doctrinal del delito desde un punto de vista puramente jurídico,

incluyendo a la que lo hace con un sentido didáctico, como también de obras de orientación más general y adecuadas para profanos en Derecho, y de un modo destacado he analizado la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es esencial para apoyar las diferentes teorías doctrinales existentes sobre la materia.

II.- PRECEDENTES DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL Y REGULACIÓN POSITIVA VIGENTE

1. ANTECEDENTES

Históricamente la figura femenina ha recibido un trato diferente al dado a los hombres. Remontándonos en el tiempo, ya en el Fuero Real, en el siglo XIII, existía la posibilidad de que el marido y el padre pudieran lavar su honra con sangre, dando muerte a la mujer o a la hija soltera y a su amante, en caso de sorprenderles en flagrante delito. Si bien es cierto que en caso de optar por ocasionar la muerte, debía ser para ambos, no se podía perdonar a uno de los implicados. En las Siete Partidas se ofrecía la posibilidad de que el marido agraviado matara al adúltero, si se trataba de hombre libre, salvo si era su Señor u otro hombre honrado, y entregar a su mujer a la Justicia, cuya pena consistía en azotes y la reclusión en un convento. La condenada podía salir pasados dos años si su marido la perdonaba. Si la mujer hubiera cometido el adulterio con uno de sus siervos, la condena era la quema para ambos¹.

En cambio, la infidelidad del hombre durante la Edad Media carecía de repercusión jurídica. Las Partidas prohibían a los casados tener barraganas, pero no había precepto que lo castigara, además de que se prohibía a la mujer acusar al marido de adulterio aunque éste existiera. Hasta el Código Penal de 1822 no se castigó el amancebamiento, siempre que fuera una relación sexual prolongada y pública, fehacientemente conocida y que causara cierto escándalo. La condena para el marido consistía en prisión correccional de dos a ocho meses y la pena de destierro para la amancebada².

Hasta 1962 en nuestro Código Penal existía un artículo 428 que castigaba con la pena de destierro «al marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los

¹ Sobre esto, véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 2ª ed., puesta al día por E. Gimbernat, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1972, pp. 435 ss.

² Véase GIL RUIZ, JUANA MARÍA, *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Dykinson, 2007, p. 45 ss.

adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves. Si les produjese lesiones de otra clase quedará exento de pena». Hablamos de 1962, por lo que como es natural nunca existió un precepto con las mismas características para aquella mujer que sorprendiera a su marido en circunstancias análogas. De hecho, el adulterio de la mujer casada era castigado siempre con una pena que podía llegar hasta los seis años de cárcel, mientras que el del marido, que recibía el nombre de amancebamiento, sólo se castigaba «cuando tuviere manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella»³. Esta regulación permitía prácticamente el asesinato de la mujer adúltera y dejaba impune al marido que le causara cualquier tipo de lesión no grave, suponiendo de modo descarado un tratamiento privilegiado respecto al marido adúltero⁴. En nuestra actual época puede sorprender esta forma de tratar de modo tan diferente el mismo acto en dos personas de distinto sexo, pero analizando la mentalidad social y moralmente extendida de la época encuentra cabida, ya que se valoraba de forma muy negativa el ejercicio de la sexualidad por parte de la mujer cuando se ejercía fuera de los casos socialmente admitidos, mientras que ese mismo tipo de relaciones eran consideradas con bastante más permisión en caso de ser practicadas por el hombre.

La violencia contra la mujer no era la única previsión jurídica que la discriminaba y marginaba. De modo más sutil se encontraban también diferencias en el caso de la sucesión hereditaria, la administración de los bienes, el ejercicio de determinadas profesiones, el acceso a puestos de la función pública, etc. Evidentemente esta actitud claramente machista ha ido cambiando en los últimos años debido a diversos factores, como la creciente participación de la mujer en la vida social, política, profesional y económica, y la lucha de los movimientos feministas buscando la liberación de la mujer y su equiparación en derechos a los hombres.

En el caso del tratamiento jurídicopenal del maltrato de la mujer por el hombre, esta evolución comenzó a partir de la reforma del Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica de 25 de julio de 1989, la cual introdujo dentro de los delitos de lesiones un artículo 425 que tipificó específicamente la violencia habitual en el ámbito familiar para su castigo

³ Art. 452, párrafo primero del CP 73, derogado junto al art. 449 relativo al adulterio por Ley 22/1978, de 26 de mayo.

⁴ Art. 428 CP 1944, abolido en 1963: “El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matere en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena”; sobre ello véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, cit., pp. 442 ss.

de forma expresa y autónoma⁵. A partir de ese momento, el tipo delictivo en cuestión ha experimentado varias reformas sucesivas: el Código Penal de 1995 trató de perfeccionarlo ampliando el círculo de sujetos, incorporando a los ascendientes que conviven con el autor y a los hijos del cónyuge o del conviviente, incluyendo una regla concursal diferente y elevando de forma considerable las penas, y posteriormente ha sido objeto de distintas reformas por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por la Ley Orgánica 15/2003, de 28 de noviembre, y, finalmente por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que introdujo la regulación actualmente vigente.

Paralelamente, la violencia familiar ha ido ocupando más espacio en los diferentes medios de comunicación aumentando así su repercusión y concienciación social, de modo que ha dejado de ser un delito invisible amparado en el ejercicio del derecho de corrección. El creciente interés social sobre el fenómeno de la violencia doméstica ha desencadenado un intenso proceso legislativo que en una década ha dado lugar a las tres reformas del tipo penal que acaban de indicarse. No sólo preocupa actuar una vez se ha cometido el delito en sus formas más graves, sino que el legislador trata de utilizar técnicas que permitan atajar el problema anticipando la intervención del Derecho penal ya a los momentos iniciales de la violencia, incluso antes de que ésta llegue a manifestarse en agresiones físicas.

2. REGULACIÓN VIGENTE

Debido al incesante aumento en los últimos años de los casos de violencia doméstica y familiar, en especial contra las mujeres, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha pretendido darle un tratamiento más amplio e integral en todos sus aspectos, desde la sensibilización, prevención y detección hasta los aspectos penales⁶. El Título IV de esta ley, bajo la rúbrica “Tutela penal”, introdujo diversas modificaciones en el Código penal que afectaron tanto a algunos aspectos de las penas previstas para los delitos relacionados

⁵ Sobre dicho delito en el CP 73, véase GRACIA MARTIN, El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1.995, en *Cuadernos de Derecho judicial*, XXXI, Madrid, 1995, pp. 246 ss., y EL MISMO, en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN, *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 415 s.

⁶ Sobre esta importante reforma, véanse los diferentes trabajos contenidos en el libro colectivo coordinado por BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTIN, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.

con la violencia de género, como al contenido de las figuras delictivas de esta naturaleza. Tras esta última Ley, la regulación vigente queda como sigue:

1. En el artículo 148 se introdujeron como agravantes del tipo básico de las lesiones del art. 147 la circunstancia de ser o haber sido la víctima esposa o estado en relación análoga de afectividad con el autor aun sin convivencia (artículo 148.4ª) y de ser aquella alguna persona especialmente vulnerable que conviva con aquél (artículo 148.5ª).
2. El delito de violencia habitual en ámbitos familiares y similares, se mantuvo en el Título relativo a los delitos contra la integridad moral, en el apartado 2 añadido al artículo 173 a continuación del tipo general de los tratos degradantes, al cual había sido ya desplazado a ese lugar por la reforma de septiembre de 2003.
3. El artículo 153, que en la reforma de 2003 había quedado vacío con el desplazamiento del delito de violencia habitual que se acaba de indicar, se rellenó también en dicha reforma con un nuevo tipo que elevó a la categoría de “delito” las faltas de lesiones y de malos tratos de obra del artículo 617, en los casos en que el autor cometa aquellas contra los sujetos pasivos del delito del artículo 173.2, y en la reforma de 2004 se creó un tipo específico para los casos de que se cometa contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer a la que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, y contra personas especialmente vulnerables que convivan con él (artículo 153.1); se configuró en el artículo 153.2 un tipo ligeramente atenuado con respecto a éste para los casos en que la víctima sea alguna de las personas comprendidas en el círculo más amplio definido en el artículo 173.2; y, finalmente, en el artículo 153.3 se introdujeron como agravantes de los dos tipos anteriores las circunstancias de perpetrarlos en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima o con quebrantamiento de una pena de las comprendidas en el artículo 48, o de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, es decir, quebrantando las prohibiciones de acercamiento o aproximación y de comunicación con la víctima y con otras personas allegadas a ésta que se le hubieren

impuesto al autor perviamente impuestas, y en el art. 153.4 se introdujo una regla de atenuación facultativa de la pena de todos los tipos anteriores en función de las circunstancias personales del autor y de la comisión del hecho.

4. En modo idéntico a la transformación, que acabamos de describir, de las faltas de lesiones y de malos tratos en “delito”, con sus correspondientes variaciones y agravaciones, también se transformaron en delitos por las mismas razones, las faltas de amenazas leves (artículo 171.4, 5 y 6) y de coacciones leves (artículo 172.2), y respecto de la falta de “vejaciones leves”, se añadió al artículo 620.2º un tercer párrafo en el que se agrava la pena para el caso de que la víctima sea alguna de las personas comprendidas en el artículo 173.2.
5. Finalmente, se modificó el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 en el sentido de castigar siempre con prisión el quebrantamiento de alguna pena o medida cautelar o de seguridad impuesta en procesos por delito de violencia habitual del artículo 173.2

Estas novedades, que tratan de proteger mejor a las víctimas y de que las consecuencias jurídicas para el agresor sean las justas, han recorrido un largo camino de constante cambio a lo largo de los años. No se puede analizar directamente el actual delito de violencia doméstica habitual recogido expresamente en el artículo 173.2 del Código Penal sin hacer antes un balance de cuál ha sido el tratamiento legal recibido por este delito a lo largo de la historia y de las diferentes interpretaciones doctrinales de los tipos penales correspondientes.

III. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde la creación de esta figura delictiva hasta la reforma de 2003, ésta se encuadró en el Título III del Libro II del Código Penal, en la rúbrica legal de las lesiones. La cuestión del contenido de su injusto específico y la determinación del bien jurídico protegido han resultado controvertidas. Actualmente se integra en el Título VII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra la integridad moral, lo cual tampoco está lejos de controversias.

Lo injusto material específico de las formas de violencia doméstica habitual consagradas en el actual artículo 173.2, resulta de la incidencia que tienen las diversas conductas típicas en el bien jurídico protegido. En principio, el concepto de violencia doméstica o malos tratos habituales es muy amplio, de modo que se hace difícil su concreción en algún punto en común, pues los malos tratos abarcan hechos tan heterogéneos como los daños físicos o psíquicos, las coacciones y amenazas, el abandono de la víctima, el abuso y agresiones sexuales, etc.⁷

Se hace necesario acudir, como plantea también la doctrina científica, a los términos que describen la acción típica, así como al círculo de autores y víctimas.

En su descripción de la acción típica, el tipo habla de violencias físicas o psíquicas de forma habitual. Se exige además que entre los sujetos exista una relación familiar o análoga, añadiendo el requisito de que haya también una convivencia u otro tipo de vinculación personal persistente, dando ésta lugar a un abuso de la situación de prevalencia del autor o de indefensión de la víctima. La característica principal de este tipo penal es, por tanto, la reiteración de las conductas de violencia física o psíquica que provocan un estado permanente de agresión basado en una situación de dominación y poder dentro de la relación familiar o cuasifamiliar, que deja en situación de indefensión a la víctima.

La doctrina más generalizada considera que el objetivo del precepto no es otro que castigar a «aquellas personas que, por la razón que sea, hacen de la agresión y el maltrato físico o psíquico una forma de relación y comunicación normal» en el ámbito familiar o cuasifamiliar⁸.

Las opiniones sobre cuál es el bien jurídico protegido son mucho más dispares que las que determinan el injusto específico, y aun se han diversificado más tras el traslado del tipo al título de los delitos contra la integridad moral:

1. La opinión más dominante con anterioridad a la reforma de 2004 sostuvo que el estado de agresión permanente es una progresión dentro de la falta de malos tratos, debido a la reiteración de la violencia y por la situación de peligro de la

⁷ Véase al respecto GRACIA MARTIN, *El delito y la falta de malos tratos*, cit., p. 227, con citas de doctrina clínica.

⁸ Véase en ese sentido DEL ROSAL BLASCO, *Violencias y malos tratos en el ámbito familiar*, en *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 162.

víctima.⁹ Por tanto, el bien jurídico protegido sería el mismo que en el caso de la falta de malos tratos, con una formulación amplia que sobrepasa la salud e integridad personal, como la indemnidad personal o el bienestar personal¹⁰.

2. Otra parte de la doctrina —minoritaria— consideró que el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 153 tenía que ser el mismo que se protege en los tipos de lesiones, es decir, la salud e integridad personales, debido a que el estado de agresión permanente crea o aumenta el peligro de lesionar tanto la salud como la integridad personal de las personas que viven dentro del clima de violencia.¹¹ El permanente estado de agresión al que se ve sometida la víctima es un peligro para la salud e integridad personales. Sin embargo, no es el único bien jurídico que se ve lesionado. La lesión producida va más allá del estado de peligrosidad para la salud y la integridad personales. Es por ello que el legislador acude a las leyes del concurso de delitos señalando que la pena se entiende «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». En caso de sostener la afirmación de que nos encontramos únicamente ante un delito de peligro para la salud e integridad personales, si se produjera una lesión, la lesión consumiría el peligro sin producirse el castigo por separado teniendo en cuenta el principio *non bis in idem*, a no ser que el resultado de lesión no fuera producido concretando el peligro creado para la salud e integridad personal como consecuencia del ejercicio de violencia habitual. Resulta evidente que la situación típica de violencia permanente conlleva la lesión de otros valores importantes que precisan de tutela penal, los cuales quedarían apartados en caso de que se aplicara el delito o la falta de lesiones de manera única. Por otro lado, hay que tener en cuenta también el último párrafo del segundo apartado del artículo 173, en el cual se añade un agravante al tipo en caso de que los actos de violencia tengan lugar en presencia de menores, mediante la utilización de armas o si se desarrollan en el domicilio común o en el de la víctima. Este subtipo

⁹ Considera que se trata de una progresión en el injusto de la falta de malos tratos DOMINGUEZ IZQUIERDO, EVA MARÍA, Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código Penal, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid. 2002, pp. 315 ss.

¹⁰ Sobre esto, véanse las exposiciones de GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, cit., pp. 418 ss. y de MUÑOZ SÁNCHEZ, en Díez Ripollés/Romeo Casabona, *Comentarios al Código penal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 90 s.

¹¹ Así, GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, cit., pp. 424 s.

agravado demuestra también que el injusto específico de este delito no es el peligro para la salud e integridad personales del resto de miembros del núcleo familiar, ya que se trata de un peligro añadido al injusto específico del delito de violencia domestica habitual que da lugar a un subtipo agravado.

3. Otra parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido debe estar relacionado con el ámbito familiar, y con otros asimilados en los que tienen lugar los actos de violencias típicas. Bajo esta opinión, el interés que se protege está relacionado con la paz familiar, la preservación del ámbito familiar y sobre todo con las condiciones precisas para que en el ámbito familiar cada uno de los miembros del núcleo familiar pueda desarrollarse dignamente como persona.¹² Sin embargo en caso de considerar sólo el contexto familiar o cuasifamiliar dónde tiene lugar la acción típica, se deja a un lado la principal característica de este tipo penal, que es el estado de agresión permanente, ya que el ámbito familiar o cuasifamiliar sólo determina el contexto dónde ese estado acaece. Además, de ser así, el lugar correcto para situar el delito no sería el Título VII, dedicado a los delitos contra la integridad moral, sino el Título XII, dedicado a los delitos contra las relaciones familiares. Como se verá más adelante, hay que añadir que esta opinión carece de base legal, puesto que tras las últimas reformas el tipo penal del delito de violencia doméstica habitual incluye supuestos dónde no existe relación familiar ni convivencia alguna entre víctima y autor¹³.
4. Por último, hay sectores que consideran que se lesiona un bien jurídico que va más allá de la lesión a la salud e integridad personales, considerando que este tipo penal protege también la dignidad de la persona, o bien la integridad moral o el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, conceptos estos últimos que, de todos modos, son referidos por muchos autores a la dignidad humana. Estas opiniones, que ya fueron sostenidas respecto del tipo del artículo 153 ubicado dentro de las lesiones antes de la reforma de 2004¹⁴, se han visto reforzados con el traslado de dicho delito al título de los delitos contra

¹² Así ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 134: «se trata de las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personan dentro de su grupo familiar».

¹³ Véase la crítica de MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., pp. 94 s.

¹⁴ Al respecto, véase la exposición crítica de GRACIA MARTIN, en *Comentarios*, cit., pp. 418 ss.

la integridad moral por la mencionada reforma, y puede considerarse que hoy es doctrina dominante¹⁵.

En mi opinión, el bien jurídico que se protege en el tipo del artículo 173.2 es la integridad moral, debido a la forma en que se desarrolla la situación delictiva y su contexto, siendo la reiteración de agresiones y abuso de una posición dominante que viene proporcionada por el ámbito familiar o cuasifamiliar, que determina la indefensión de la víctima. En estos casos el autor cosifica el cuerpo de la víctima llegando a considerarlo un objeto que puede tratar libremente a su antojo, sometiendo a la víctima a condiciones que la degradan personalmente. Queda manifiesto por tanto que este tipo de agresiones poseen las características de un trato degradante, con conductas que tratadas por separado no llegarían a considerarse como tal, pero que al repetirse de forma habitual y sistemática y al analizarse en conjunto terminan siendo un delito grave contra la integridad moral, agravado por esa relación de dominación que existe entre la víctima y el sujeto activo¹⁶.

La conclusión es, por tanto, que nos encontramos ante un tipo específico de tratos degradantes, fundamentado en la situación de sujeción o dominación existente entre la víctima y el actor proporcionada por la relación familiar o cuasifamiliar.

IV. ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO

El delito de violencia doméstica habitual presenta la estructura típica de un delito especial, es decir, que a diferencia de los delitos de tipo común los cuales pueden ser cometidos por cualquier persona, como el robo o el hurto, sólo pueden ser cometidos por determinadas personas, en atención a ciertas condiciones, características o cualificaciones que esa persona posee. Es este caso el sujeto activo sólo puede ser el que esté unido a la víctima o sujeto pasivo por los vínculos antes descritos¹⁷.

En los inicios del precepto, el círculo de sujetos se limitaba a los cónyuges y personas unidas por una análoga relación de afectividad y a los hijos sujetos a la patria potestad,

¹⁵ Véase la exposición de DEL ROSAL BLASCO, en Lorenzo Morillas (coordinador), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 198 ss., autor que, no obstante, rechaza la doctrina mayoritaria, y considera que el bien jurídico protegido es el mismo que el de los tipos de lesiones y de la falta de malos tratos.

¹⁶ Véase en este sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., p. 96.

¹⁷ Véase GRACIA MARTIN, en *Comentarios*, cit., p. 446; MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., p. 97; DEL ROSAL BLASCO, en Lorenzo Morillas (coordinador), *Sistema de Derecho penal español*, cit., pp. 201 ss.

menores, pupilos o incapaces sometidos a guarda de hecho o tutela. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal mencionaba como finalidad de la reforma del antiguo artículo 425 la protección de los miembros físicamente más débiles del vínculo familiar frente a conductas agresivas sistemáticas de otros miembros de éste. Se ha producido una constante ampliación de los sujetos a lo largo de las reformas tratando de mejorar el tipo penal para ofrecer una mejor protección a todas las víctimas¹⁸. En el Código Penal de 1995 se llevó a cabo una ampliación de los sujetos pasivos a los hijos del cónyuge o conviviente y a los ascendientes, pupilos o incapaces que convivan con el agresor o que se encuentren sujetos a la potestad, curatela, tutela o guarda de hecho de uno o de otro. La reforma de 1999 continuó ampliándolo, añadiendo los supuestos en los que la relación ha finalizado, ya sea matrimonial o no. Esta ampliación, sin embargo, fue considerada insuficiente, debido a la existencia de otras manifestaciones de violencia doméstica como la ejercida sobre hijos no sujetos a la patria potestad, la violencia ejercida por un excónyuge sobre ascendientes o descendientes del otro cónyuge, la realizada contra hermanos, de abuelos sobre nietos o sobre bisnietos y la violencia ejercida sobre parientes afines propios o del cónyuge o conviviente.¹⁹ La reforma de 2003, tratando de abarcar todas las manifestaciones de violencia doméstica, amplió el círculo de sujetos de la manera mencionada, incluyendo la violencia ejercida sobre la persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, sobre descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, sobre cualquier otra persona integrada en el núcleo de convivencia familiar y la realizada contra personas que por su vulnerabilidad especial se encuentran internadas en centros públicos o privados.

Es decir, los sujetos activos del delito son:

- El cónyuge o excónyuge respecto al otro cónyuge o excónyuge.
- El conviviente o exconviviente respecto al otro conviviente o exconviviente.
- El novio o novia respecto a su pareja.

¹⁸ En este sentido, véase DEL ROSAL BLASCO, en Lorenzo Morillas (coordinador), *Sistema de Derecho penal español*, cit., pp. 201 ss.

¹⁹ Así ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, en *El delito de malos tratos físicos y psíquicos*, cit., p. 149.

- El cónyuge o conviviente respecto a los ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del otro cónyuge o conviviente.
- Los cónyuges o convivientes respecto a los menores o incapaces que convivan con él o que se encuentren sometidos a la potestad, curatela, tutela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.
- Los cónyuges o convivientes respecto a cualquier otra persona integrada en el núcleo de convivencia familiar.
- El titular de la guarda o custodia con respecto de las personas que por su vulnerabilidad especial estén sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Existen una serie de relaciones en las que debe encontrarse el sujeto activo con respecto al sujeto pasivo para que el comportamiento sea el del injusto específico del tipo. No hay que olvidar que lo determinante para ello no es la relación familiar o cuasifamiliar existente entre el autor y la víctima, que debe darse necesariamente, sino la relación de poder y dominio que deja a la víctima en un estado de indefensión permanente²⁰. Esa situación de dominio y dependencia de la víctima respecto del agresor puede basarse en razones afectivas, económicas o psicológicas que dificultan e incluso anulan la capacidad de defenderse de la víctima.

Las relaciones contempladas en el tipo pueden ser clasificadas en cuatro grupos que pasarán a analizarse a continuación:

1. La relación conyugal o exconyugal, «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido cónyuge».
2. Las relaciones de afectividad análogas a la conyugal o exrelaciones de afectividad, «o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia».
3. Las relaciones de parentesco de consanguinidad, afinidad o legal, «o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente».
4. Las relaciones tutelares, «o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra

²⁰ Esta es la opinión que formuló desde el principio GRACIA MARTIN, en *Comentarios, cit.*, pp. 430 s.

relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados»

1. LA RELACIÓN CONYUGAL O EXCONYUGAL

La relación conyugal o exconyugal aparece en primer lugar en el artículo 173.2. Es un elemento normativo que remite a la regulación sobre el matrimonio presente en el Código Civil. Su artículo 44 establece que «El hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código». Por tanto se refería al vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo, quedando excluidas las uniones de personas del mismo sexo. Sin embargo, tras la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2005, se añadió un nuevo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».²¹ Por tanto, se incluye cualquier forma de unión conyugal, sea entre personas del mismo o de distinto sexo.

Se incluyen además aun cuando no haya convivencia los separados de hecho o los separados legalmente, puesto que sigue existiendo el vínculo matrimonial que se exige por el tipo.

Con la Reforma de 1999 antes mencionada, se incluye además a aquellos que hayan estado unidos por vínculo matrimonial aunque en el momento de producirse la agresión ese vínculo ya no exista. Es decir, se incluyen en el tipo las relaciones entre personas cuya relación conyugal se ha extinguido a través de un proceso de nulidad o divorcio. De este modo se da respuesta a una situación existente y desgraciadamente muy generalizada que antes no era protegida de la misma manera, la violencia existente durante el periodo de tiempo en el cual se lleva a cabo la ruptura de la relación. El hecho de incluir estos supuestos pone en entredicho la exigencia de convivencia entre los sujetos como característica esencial para exigir el tipo de lo injusto, ya que antes de la Reforma de 1999 esa situación de convivencia se exigía en todas las relaciones típicas y sobre todo para la relación conyugal. La Ley Orgánica 11/2003 respalda tal

²¹ Artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

interpretación ya que añade la expresión «aun sin convivencia» al referirse a las relaciones o exrelaciones análogas de afectividad. Hay que concluir por tanto que si el tipo se da cuando hay una relación análoga de afectividad aun sin convivencia, también se realiza en relación con cónyuges o excónyuges entre los cuales no haya convivencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, parece claro que no es determinante la convivencia común, pero sí lo es la situación de dependencia o dominio que sufre la víctima y que la hace especialmente vulnerable frente a su agresor. Si esa posición se mantiene, aunque no haya convivencia, el tipo se realiza. La situación de dominación y dependencia continúa existiendo en los procesos de nulidad, divorcio o separación, incluso si ya no hay convivencia, ya sea por razones afectivas, económicas o psicológicas, y puede seguir existiendo incluso cuando la nulidad, divorcio o separación se han hecho efectivas²².

2. RELACIÓN DE AFECTIVIDAD ANÁLOGA AL MATRIMONIO O EXRELACIÓN DE AFECTIVIDAD

En segundo lugar, en el segundo apartado del artículo 173 se incluyen los casos en los que la violencia recae sobre una persona que esté o haya estado ligada al agresor por una relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Cuando la Ley Orgánica 3/1989 introdujo el delito, se equiparó a estas relaciones de afectividad a la relación conyugal, debido a su identidad material. Sin embargo, se consideraba que lo esencial de la relación análoga a la conyugal era la relación de convivencia habitual o estable. De ese modo, se incluían en este grupo de sujetos a las parejas de hecho, independientemente del sexo (de hecho la mayor parte de la doctrina incluye tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales) pero se excluían las relaciones de noviazgo²³.

Sin embargo, la Ley Orgánica 11/2003 no sólo mantiene la expresión del mismo modo, sino que suprime la necesidad de que se trate de una relación estable y al igual que en el caso de las relaciones conyugales o exconyugales, añade expresamente los casos de relación de afectividad «aun sin convivencia».

²² Véase DEL ROSAL BLASCO, en Lorenzo Morillas (coordinador), *Sistema de Derecho penal español*, cit., p. 202, con cita de la opinión de Rodríguez Gómez.

²³ Véase GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, cit., pp. 436 s. quien cita en ese sentido la STS de 11 de mayo de 1995.

Una vez más, lo determinante no es la relación familiar o análoga existente, sino la situación de dependencia o dominio que sufre la víctima que la somete a una situación de indefensión haciéndola especialmente vulnerable frente a su agresor. La situación de sujeción o dependencia de la víctima puede basarse en una relación de convivencia estable, pero también puede darse cuando media exclusivamente una relación de afectividad o cuando persiste un vínculo personal que deriva de una relación de convivencia o afectividad.²⁴

3. RELACIONES DE PARENTESCO

En tercer lugar se encuentran las relaciones de parentesco del sujeto activo o del cónyuge o conviviente de éste con el sujeto pasivo. El artículo concretamente habla de «los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente».

El antiguo artículo 425 tan sólo incluía a los hijos sometidos a la patria potestad. Con el Código Penal de 1995 el tipo se amplió, incluyendo a los hijos propios o del cónyuge conviviente, así como a los ascendientes que convivieran con él o que estuvieran sujetos a patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro.²⁵ Esa ampliación se consideró insuficiente, ya que no incluía otros supuestos de parentesco con situaciones idénticas, como la adopción en grados más lejanos o el parentesco en línea recta de consanguinidad, la violencia ejercida por un abuelo a un nieto o por un bisabuelo a bisnietos, la violencia entre hermanos, la violencia sobre hijos propios sin que medie convivencia y la violencia sobre parientes por afinidad al agresor. Con la Ley Orgánica 11/2003 se abarcan en el tipo esas relaciones de parentesco que antes quedaban fuera. De este modo se incluyen todos los supuestos de ascendientes, descendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, sin importar la naturaleza de la relación, ya sea matrimonial, extramatrimonial o por adopción.²⁶

²⁴ Véase MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., p. 104.

²⁵ La Ley orgánica 14/1999, de 9 de junio introdujo el acogimiento junto al resto de instituciones tutelares.

²⁶ GRACIA MARTÍN declaraba intrascendente «la clase de filiación de los hijos con sus respectivos padres es irrelevante, pudiendo ser aquéllos tanto matrimoniales como extramatrimoniales, así como por adopción»; véase GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, cit., p. 437.

Se incluyen por tanto en este grupo a los descendientes, ascendientes de consanguinidad o adopción, propios o del otro cónyuge o conviviente, sin límites de grado y hasta el segundo grado en línea colateral de consanguinidad, adopción o afinidad. Es decir, que se incluye la violencia habitual que se ejerce sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente con los que no se convive y no estén sometidos a la patria potestad, la que se ejerce sobre ascendientes o descendientes del cónyuge o conviviente, sobre los hermanos y sobre los parientes por afinidad hasta los mismos grados. Por tanto, quedan fuera de este grupo los parientes en línea colateral a partir de segundo grado, como tíos y sobrinos, propios o del cónyuge o conviviente.²⁷

4. RELACIONES TUTELARES O ASIMILADAS

Es el último grupo que aparece en el artículo 173.2. En estas relaciones la víctima está vinculada al sujeto activo o a su cónyuge o conviviente por una relación tutelar o similar, concretamente el artículo habla de «los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados».

Hay que distinguir por tanto entre menores o incapaces y otras personas.

- Menores o incapaces. Se trata de menores o incapaces que se encuentren vinculados con el sujeto activo y que convivan con él, y de aquellos sujetos a la potestad, curatela, tutela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.
- En cuanto al resto, se trata de personas integradas en el núcleo de su convivencia familiar por cualquier otro tipo de relación y a las personas especialmente vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

²⁷ Estos supuestos realizan el tipo en el caso de que el tío o sobrino estén integrados en el núcleo de convivencia del agresor, por encajar en el último grupo: «cuando la violencia se ejerce sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar».

Lo importante en este grupo, por tanto, es que la víctima forma parte del núcleo de convivencia familiar o similar del sujeto activo, ya que en el caso de relaciones tutelares o similares no basta la relación existente para manifestar una relación de poder y dominio. Ello sólo se puede fundamentar si el sujeto pasivo debido a la existencia de tal relación se integra en el núcleo de su convivencia, siendo de ese modo posible la relación de sujeción y poder.

Como ya se ha mencionado, el artículo menciona en primer lugar a «los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente».

1. Por menores de edad se debe entender de acuerdo con las normas civiles y el contexto de la tipicidad del artículo, toda persona no emancipada que no haya cumplido los dieciocho años de edad.
2. Por incapaces, en base al artículo 25 del Código Penal se entiende a toda persona, declarada o no su incapacitación, que padezca una enfermedad persistente que impida que gobierne su persona o bienes por sí misma. Hay también opiniones que consideran que se debería añadir a aquellos ancianos o impedidos que convivan con el agresor. En caso de que sean incapaces de acuerdo con la definición, si que podrían encuadrarse en este grupo, sino pertenecerían a la siguiente relación presente en el tipo, «sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar».
3. En cuanto a la patria potestad, siguiendo lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil, sólo están sujetos a la patria potestad los hijos no emancipados.
4. Respecto a la tutela, se trata de una institución ideada para aquellas personas que no se pueden valer por sí mismas, pudiendo aplicarse en algunos casos a los menores no sometidos a la patria potestad, como en el caso de menores sometidos a patria potestad prorrogada o menores en situación de desamparo. No se incluye en este apartado la tutela de las instituciones, ya que se incluyen de forma expresa al final del artículo.
5. La curatela es un cargo tutelar de asistencia que recae, según los artículos 286 y 287 del Código Civil, sobre los menores emancipados o habilitados por edad, los

- declarados pródigos y los que por sentencia de incapacitación o resolución judicial hayan sido sometidos a ella.
6. El acogimiento es la guarda asumida cuando medie solicitud de los padres o tutores, o por como función de la tutela por ministerio de ley. Los efectos que conlleva son la plena participación del menor en la vida de la familia que lo acoge, así como una serie de obligaciones, como velar por él y tenerlo en compañía. El acogimiento tiene dos modalidades, el acogimiento familiar o el acogimiento residencial, según se ejerza por la persona que determine la entidad pública o por el Director del centro de acogida. En este caso parece claro que se incluye sólo la primera modalidad, ya que la segunda encuentra cabida de forma expresa al final del artículo.
 7. Por último, la guarda de hecho, en caso de situaciones en las que una persona, sin nombramiento al efecto, se encarga de la guarda de un menor no sometido a la patria potestad o de alguien en quien concurre una causa de incapacitación.²⁸

En segundo lugar, el texto menciona a «personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar». Incluye por tanto al grupo de personas que debido a que no son menores ni incapaces no están sometidos a las relaciones civiles indicadas anteriormente, pero sí que se encuentran integradas en el núcleo de convivencia familiar del sujeto activo. Por tanto en este grupo se encuentran las personas mayores, enfermos o cualquier otra persona que por sus limitaciones en la capacidad de autonomía personal necesite de la persona con quien convive.

Finalmente, el tipo alude a «las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados». En este caso se incluyen las personas que hemos considerado excluidas de los otros grupos por encontrarse definidas de este modo. Forman parte de este grupo por tanto las personas sometidas a acogimiento residencial cuando la tutela se ejerza por el Director del centro de acogida. También se incluyen a los ancianos o personas discapacitadas que habitan en residencias de manera permanente²⁹.

²⁸ DÍEZ PICAZO/GULLÓN en *Sistema de Derecho Civil (vol. IV): Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 293-294

²⁹ Sobre estas ampliaciones véase DEL ROSAL BLASCO, en Lorenzo Morillas (coordinador), *Sistema de Derecho penal español*, cit., p. 202.

Un sector de la doctrina considera que deberían ser añadidas también las relaciones militares y penitenciarias, puesto que se dan dentro de un establecimiento y hay unos sujetos que se encuentran en una posición de dominación sobre los que están sometidos al régimen de disciplina del establecimiento. Sin embargo, no fueron incluidos puesto en el tipo se incluyen las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a guarda o custodia.³⁰

Como ya se ha mencionado con anterioridad, dado que sólo pueden ser sujetos activos aquellas personas que se encuentran vinculadas con el sujeto pasivo por alguna de las relaciones citadas, nos encontramos ante un delito especial. Si no se da esa relación, no nos encontramos ante un delito de violencia doméstica y familiar, aunque cada uno de esos actos aislados podría castigarse dentro de la falta de lesiones o maltrato.

Otro tema a tener en cuenta a la hora de analizar el tipo, es la posibilidad de considerar también sujetos pasivos del delito a aquellas personas sobre las que la violencia no se ejerce directamente, pero que la presencian y por tanto se ven envueltos en el clima de agresión permanente. Resulta evidente que esa situación de agresión permanente no tiene repercusiones solamente en la persona sobre la que se ejerce directamente, puesto que también repercute sobre el resto de miembros que forman el núcleo de convivencia.

Considerando como hasta ahora las agresiones reiteradas en un clima en el que está presente el abuso de una posición de dominio y poder proporcionada por la relación familiar o similar como un trato degradante, sujeto pasivo del delito de violencia doméstica habitual será únicamente la persona o personas que son objeto de tal agresión física o psíquica permanente. Los efectos que ese estado de agresión permanente pueda ocasionar a otros miembros del núcleo familiar se valorarán de forma independiente. En el caso de encontrarnos ante una situación en la que el agresor obliga a una de las personas incluidas en el tipo a presenciar los malos tratos que se ejercen sobre otra

³⁰ GRACIA MARTÍN considera que deberían ser incluidas en el tipo, «No puede desconocerse que tanto el sometido a la disciplina militar como el sometido a la disciplina penitenciaria tienen notablemente disminuida su capacidad de autonomía personal dentro del establecimiento, que sus bienes vitales y su uso están expuestos a la actividad del personal vinculado al establecimiento; y que, durante el cumplimiento del servicio militar o de la pena respectivamente puede estimarse que se establece la relación de convivencia típica para el art. 153 CP, que origina la ocasión para que el sujeto dominante pueda realizar reiteradamente actos de violencia física sobre el sometido. Por otro lado, es indudable que, al menos en el caso de la relación penitenciaria, el funcionario desarrolla actividades materiales de guarda». En Comentario al artículo 153 del Código penal, publicado en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal I*, cit., pp. 445 s.

persona ligada a éste por una relación de afectividad, como por ejemplo, el marido que obliga a su esposa a presenciar los malos tratos ejercidos sobre su hijo, nos encontraríamos ante una situación diferente. Se habría producido el ejercicio de violencias físicas sobre el hijo, además del ejercicio de violencias psíquicas sobre la madre, dando lugar a un trato degradante, tipificado en el artículo 173.1, que en caso de ser una agresión psíquica permanente daría lugar al tipo de violencia doméstica habitual³¹.

V. CONDUCTA TÍPICA Y ESTRUCTURA DEL TIPO

La estructura típica del delito de violencia doméstica habitual viene condicionada por lo significativo del estado de agresión permanente en el ámbito familiar o cuasifamiliar.

La doctrina más generalizada considera que ese estado de agresión permanente es una progresión en el injusto de la falta de malos tratos, considerando por tanto que el delito es un tipo agravado de la falta de malos tratos. Desde este punto de vista, el delito presenta una estructura típica similar a la de la falta de malos tratos, agotándose con la acción de golpear o maltratar al otro, sin producirse resultado de lesión. Se considera por tanto que el delito de violencia doméstica habitual es un delito de mera actividad.

Otro sector de la doctrina considera en cambio que el estado permanente de agresión crea o incrementa un peligro de lesión de la salud e integridad de las personas que viven rodeadas de ese clima de violencia. Por tanto sostiene que el delito de violencia doméstica habitual es un delito de peligro abstracto³² o de peligro concreto³³.

Por último, los hay que consideran que lo que caracteriza a la agresión permanente es la lesión que se produce sobre otro bien jurídico, que va más allá de la salud e integridad personales, considerando como interés tutelado la dignidad humana y la integridad moral. En este caso se sostiene que estamos ante un delito de simple actividad o ante un

³¹ Sobre todo esto, véase MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., pp. 113 s.

³² GRACIA MARTÍN, *Comentarios I*, cit., pp. 426 ss.: «en razón de sus fundamentos materiales y de su orientación político criminal, se estructura técnicamente como un delito de peligro abstracto para la integridad y la salud personales».

³³ MORILLAS CUEVA, Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica, en Lorenzo Morillas (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid. 2002, identificando el resultado material no con el menoscabo efectivo a la integridad y salud personales que pueda causar individualmente cada acto de violencia, sino con «el efecto que sobre la víctima despliega el ejercicio sistemático de la violencia física o psíquica».

delito de resultado material. Es decir, la acción viene dada por la violencia física o psíquica y el resultado material por la situación de permanente agresión a la que esa violencia da lugar. La situación de agresión permanente se considera un trato degradante, puesto que produce una serie de padecimientos físicos o psíquicos que generan en la víctima un sentimiento de envilecimiento y humillación ante los demás o ante sí mismo³⁴.

Por tanto, como concluíamos con anterioridad a la hora de determinar el bien jurídico protegido, nos encontramos con un tipo específico de tratos degradantes, fundamentado en la situación de sujeción o dominación existente entre el sujeto activo y la víctima proporcionada por la relación familiar o cuasifamiliar. Pertenece al tipo tanto la acción de ejercicio habitual de la violencia física o psíquica como el resultado derivado de la misma de un trato degradante en el ámbito familiar o cuasifamiliar.

Respecto a la conducta típica, esta consiste en ejercer habitualmente violencia física o psíquica sobre cualquiera de las personas que comprende el tipo. Es decir, hay dos notas características de la conducta: el ejercicio de la violencia física o psíquica y la habitualidad.

1. EJERCICIO DE LA VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA

La violencia física es la aplicación de fuerza física o acometimiento material sobre el cuerpo del agredido, el conjunto de agresiones físicas contra el cuerpo de la otra persona. La doctrina más extendida considera que se debe incluir en el concepto de violencia física cualquier manifestación agresiva sobre el cuerpo de la víctima, con independencia de que llegue a causar o no un resultado lesivo.³⁵ Sería contradictorio, dado que esta figura delictiva se considera un atentado grave a la integridad moral, que tal atentado a la integridad moral solo tuviera lugar cuando los actos de violencia sean constitutivos de la falta de malos tratos y no cuando den lugar a resultados lesivos más graves.

³⁴ Véase MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., pp. 120.

³⁵ GRACIA MARTÍN, *Comentarios I*, cit., p. 452: «como actos de violencia física sólo pueden ser considerados aquéllos que consistan en una aplicación de fuerza física o de acometimiento material sobre el cuerpo del inmediatamente agredido, como por ejemplo golpes, zarandeos, empujones bruscos, heridas, etc. con total independencia de que causen o no un resultado lesivo».

Por tanto, el concepto de violencia física engloba cualquier acometimiento material sobre el cuerpo del agredido, desde los más leves, constitutivos de falta de lesiones o malos tratos, tales como empujones, bofetadas, puñetazos o patadas, hasta los más graves, que considerados de forma aislada constituyen delitos de lesiones. Además, como ya se ha mencionado, puede haber un acto de violencia física sin que necesariamente se dé un resultado de lesión de la integridad física. El acometimiento material sobre el cuerpo del agredido puede consistir también en conductas como las agresiones sexuales o el impedimento de abandonar el domicilio.

La violencia psíquica se incorpora al tipo junto a la violencia física a partir de la Reforma de 1999³⁶. La mayor parte de la doctrina consideraba que la violencia psíquica en el ámbito doméstico y familiar puede ser tanto o más grave que la violencia física.

El término de violencia psíquica presenta más problemas que la violencia física a la hora de delimitar que se entiende realmente por violencia psíquica en el delito de violencia doméstica habitual. Existen opiniones doctrinales que consideran que el concepto de violencia psíquica debe tener una gravedad equiparable a la violencia física, y las hay que sostienen que se debe exigir mayor reiteración de los actos cuando se hable de violencia psíquica. En cualquier caso, cualquiera de las clases de violencia es grave y perniciosa para la persona que la sufre.

Considerando como hasta ahora el delito de violencia doméstica habitual como un delito contra la integridad moral con estructura de un delito de resultado material, la violencia física o psíquica son modalidades típicas de acción que dan lugar a un resultado material de creación de un estado de agresión permanente, determinando a su vez un trato degradante grave. La diferencia principal entre las modalidades de violencia física o psíquica radica en que la agresión recaiga sobre el cuerpo o la mente de la víctima.

La falta del artículo 620.2 del Código Penal describe una serie de conductas tales como amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve, que constituyen violencias psíquicas al suponer un acometimiento verbal sobre la mente de la víctima. Sin embargo cabe la duda de si esas conductas alcanzan la intensidad necesaria para integrar el tipo objetivo del delito de violencia doméstica habitual. La doctrina suele

³⁶ Sobre ello, véase MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., pp. 118 ss.

aceptar como tal el hecho de proferir amenazas continuas, ya sean graves o leves, pero en relación con las vejaciones leves y los insultos hay más reticencia al considerar que se pueden llegar a criminalizar ciertas desavenencias y discusiones presentes a veces en la convivencia.

Por tanto se excluyen del tipo las meras discusiones entre parejas o las conductas de desamor e indiferencia, pero en el caso de que el insulto o humillación se conviertan en una situación habitual de convivencia, supondría un acometimiento verbal sobre la mente de la víctima que provocaría un sentimiento de humillación y envilecimiento, realizándose por tanto el tipo objetivo del delito de violencia doméstica habitual. Se ha apreciado como violencia psíquica, por ejemplo, el hecho de atemorizar en repetidas ocasiones al cónyuge utilizando expresiones con clara actitud intimidatoria y vejatoria. La violencia psíquica abarca muchos de los sucesos habituales en la ruptura de pareja, como por ejemplo el envío de mensajes de texto, las reiteradas llamadas telefónicas, la remisión de notas y anónimos, siempre y cuando estas acciones tengan por objeto atemorizar a la víctima consiguiendo desasosiego y miedo en el sujeto pasivo.

No hay que olvidarse de conductas que no implican amenazas o insultos pero que también suponen un trato degradante grave al provocar sentimiento de humillación y envilecimiento en la víctima. Es el caso de supuestos de crueldad mental y de casos de control o limitación de medios vitales de la víctima. Se consideran supuestos de crueldad mental situaciones en las que se obliga a una persona a presenciar la agresión física a otra con la que la víctima tiene una especial relación de afectividad (por ejemplo el marido que agrade al hijo en presencia de su esposa) o casos de simulación de que se va a atacar contra la vida de la víctima. Puesto que estos comportamientos suponen un acometimiento sobre la mente de la víctima, caben en el concepto de violencia psíquica. En el caso de control o limitación de los medios vitales de la víctima encontramos supuestos en los que se impide por la fuerza que la víctima abandone el domicilio o que pueda comunicarse con otras personas. En este caso se ejerce violencia física, ya que la fuerza se ejerce sobre las cosas creando mecanismos u obstáculos que impiden a la víctima realizar su voluntad³⁷.

Una vez delimitadas las diferencias entre violencia física y violencia psíquica cabe preguntarse si el ejercicio de la violencia física o psíquica puede realizarse por omisión.

³⁷ Sobre todo ello, véase MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., pp. 121 s.

En relación con el antiguo artículo 153 la doctrina entendía que la violencia física exige una conducta activa que no permite las conductas omisivas como omitir los cuidados mínimos respecto a menores, ancianos e incapacitados (no asearlos, no vestirlos o no alimentarlos)³⁸.

Cuestión distinta es si se puede realizar en comisión por omisión. Hay opiniones doctrinales que consideran que no, puesto que el tipo claramente utiliza el verbo «ejercer», de connotación activa³⁹. Otras opiniones sostienen que es posible la comisión por omisión en el delito de violencia doméstica habitual cuando concurren los requisitos exigidos por el artículo 11 del Código Penal.⁴⁰ El problema es la falta de acuerdo sobre cuándo la no evitación es equivalente a la causación del daño. Los hay que consideran que basta que el omitente tenga una posición de garante respecto a la víctima y pudiendo evitar el resultado dañoso, no lo haga.

Se incluyen en la comisión por omisión las situaciones en las que debido a la existencia de una estrecha relación familiar un bien jurídico queda bajo la dependencia del sujeto, es decir, cuando la relación familiar conlleva una dependencia absoluta de una persona respecto de otra. Un ejemplo claro es la protección que deben los padres a sus hijos recién nacidos y hasta que no puedan valerse por sí mismos, de tal modo que se cometería comisión por omisión en el caso de que el padre o la madre no impidan la violencia doméstica ejercida sobre un hijo incapaz de valerse por sí mismo por parte de otra persona.

Numerosa jurisprudencia ha reconocido la comisión por omisión del delito de violencia doméstica habitual o del delito de lesiones por parte del padre o de la madre que no impiden la violencia doméstica habitual o el delito de lesiones sobre uno de sus hijos por parte del cónyuge o conviviente en caso de tratarse de menores de corta edad o recién nacidos que no pueden valerse por sí mismos.

Por ejemplo, en relación con el delito de lesiones, la STS de 31 de octubre de 1991 RJ 7473 condena a una madre que sabiendo que su esposo realizaba de forma persistente malos tratos a su hija de tres años lo toleró y no lo evitó, por delito de lesiones en

³⁸ Véase en este sentido CUELLO CONTRERAS, El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad, *Poder Judicial* nº 32, 1993, p. 12.

³⁹ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, *El delito de malos tratos físicos*, cit. pp. 98-99.

⁴⁰ Así GRACIA MARTÍN, *Comentarios I*, cit., pp. 464 ss. y MORILLAS CUEVA, *Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica*, cit., pp. 677-683.

comisión por omisión, ya que «como madre de una menor de tres años a la sazón, aparecía como garante de la evitación del resultado»; la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981 RJ 4793, que condena a un padre como autor de un delito de lesiones en comisión por omisión, debido a que observó cómo su esposa maltrataba a la hija de ambos de cinco meses sin hacer nada al respecto, «la acusada maltrató a su hija de cinco meses de edad, causándole lesiones», «la lesión se causó en presencia del marido que no intervino para guardar la integridad física de la niña»; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000 RJ 5801, que condena a una madre como autora de delito de comisión por omisión al no evitar los daños que su esposo realizaba sistemáticamente a su hijo de cinco meses, «es fácil deducir inferencialmente que la acusada y madre del menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que era objeto, y ello de forma reiterada, y si no pudo probarse su autoría directa, sí es responsable, como autora por comisión por omisión, ya que el único que podía realizar tan reprochable conducta necesariamente tenía que ser el padre, e inevitablemente su materialización en el cuerpo del bebé tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropas, baño, cuidados personales, etc. y nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran dichos malos tratos reiterados, no solamente denunciando los hechos, sino materialmente apartando al niño, para protegerle, de la presencia de su padre».

Respecto al delito de violencia doméstica habitual, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1993 RJ 9578 se condena por comisión por omisión a una madre que no evita los malos tratos a su hijo de dieciséis meses, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2002 RJ 2631 a una madre que no evita los malos tratos habituales a su hija de dos años ocasionados por su compañero sentimental y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio del 2000 RJ 5801 a la madre que no impide los malos tratos a un hijo de tres meses por parte de su padre.

Lo decisivo en el caso de la comisión por omisión no es el tipo de relación familiar existente o el deber legal que emane de esa relación, sino la concurrencia de una efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra. Esto supone que en casos en los que hay una relación paterno-filial donde el hijo ya puede valerse por sí mismo, no se puede hablar de absoluta dependencia y aunque sigue existiendo el deber legal de cuidado no hay equivalencia entre la acción y la omisión. Cabe la posibilidad

sin embargo de acudir al delito de omisión del deber de impedir delitos tipificado en el artículo 450 del Código Penal, agravado por la relación de parentesco existente. Un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo del 2000 RJ 4896, en la que se castiga a la madre de un niño de doce años de edad al cual su pareja de hecho maltrataba por un delito de omisión por no haber puesto los hechos en conocimiento de la Autoridad o sus agentes para que impidieran el delito, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco. El hombre fue además condenado como autor de un delito de lesiones habituales y de una falta de lesiones, ya que golpeó al menor con un palo y un cinturón y le causó múltiples hematomas en la espalda, nalgas, miembros superiores, hombros y codos, por lo que estuvo ingresado en un hospital tres días e impedido para sus ocupaciones habituales durante quince días.

Del mismo modo no se da la comisión por omisión entre cónyuges u otras relaciones familiares salvo que se pueda afirmar la dependencia absoluta, como en el caso del cónyuge o del hijo que asume la responsabilidad de cuidar al otro cónyuge o padre impedido que no pueden valerse por sí mismos y no realizan la acción que impide la situación de un trato degradante. Si no existiera la situación de dependencia absoluta por una previa asunción de responsabilidad de la situación, la omisión de cuidados únicamente dará lugar a un delito de abandono de menores o incapaces establecido en el artículo 229.2 del Código Penal.

2. HABITUALIDAD

La habitualidad es la segunda nota característica del comportamiento típico del delito de violencia doméstica habitual. La habitualidad es un elemento del tipo que configura lo injusto específico, justifica su tipificación y fundamenta su desvalor particular. Sin embargo es un término que no está lejos de la polémica, ya que resulta difícil concretar cuándo se puede hablar de habitualidad.

A este respecto el artículo 173.3 del Código Penal establece que «para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». Este concepto de habitualidad no

coincide con otros que se pueden encontrar en el mismo Código Penal. Es decir, que la violencia puede recaer en personas diferentes, siempre que sean algunas de las mencionadas en el precepto. Sin embargo, no se especifica el número de actos necesarios para que se acredite la habitualidad. Tampoco se excluye que los actos que de por sí sean constitutivos de otros delitos y hayan sido ya juzgados, puedan a su vez ser utilizados para configurar la habitualidad.

En relación con la prueba, sólo se requiere la acreditación de los actos de violencia. Es decir, no basta con probar la actitud violenta del agresor en relación con la víctima, sino que es necesaria la prueba de cada acto individual. En el caso de la violencia física es más fácil probar la existencia de los actos violentos, pero en el caso de la violencia psíquica resulta especialmente complicado, puesto que no se especifica si es suficiente con la declaración del sujeto pasivo de la violencia psíquica a la que se ha visto sometido, si se requiere además algún tipo de prueba adicional como la testifical o pericial de psicólogos o médicos. Por tanto, en este artículo no se introduce una definición legal, sino que se limita a establecer unos criterios legales a tener en cuenta para constatar la habitualidad.⁴¹

Acudiendo a la doctrina y la jurisprudencia, la mayor parte se pronuncia considerando que la habitualidad es un concepto fáctico y criminológico que consiste en la reiteración por parte del sujeto activo de actos de violencia que dan lugar a un estado de agresión permanente. No cabe exigir, como menciona también el citado artículo 173.3, que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza.⁴² Lo importante es por tanto que la reiteración o repetición de los actos violentos determinen un estado de agresión permanente basado en la relación de poder y sumisión que proporciona el ámbito familiar o cuasifamiliar, dejando a la víctima en una situación de indefensión y que la somete a unas condiciones degradantes. Es por ello que como ya se ha mencionado en varias ocasiones, se concibe el delito de violencia doméstica habitual como un delito contra la integridad moral.

⁴¹ Véase MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch. P.

⁴² Así, ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. en *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. P.106

Son dos los criterios a los que hay que atender a la hora de concretar cuándo se produce la habitualidad: el número de actos de violencia que resulten acreditados y la proximidad temporal de los mismos, sin olvidar que es indiferente que los actos de violencia hayan recaído sobre la misma o diferentes personas y que hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

2.1. Número de actos de violencia

Estudiando la doctrina y jurisprudencia pertinente, la ambigüedad e imprecisión del legislador al no mencionar el número de actos violentos necesarios para configurar el tipo penal llevó inicialmente, hasta la década de los noventa, a considerar de forma unánime que para que existiese la habitualidad debían darse al menos tres actos violentos acreditados. Con el paso de los años, ese criterio ha ido desapareciendo al no encontrar cabida el hecho de que deba existir un umbral mínimo.

Los sectores doctrinales posteriores consideran que el tipo exige que se acredite una situación de agresión permanente y que tal situación se puede acreditar de diversas y variadas maneras, que no necesariamente deben basarse en el número de golpes que sufre la víctima.⁴³ De esta opinión, que personalmente comparto, se desprende que lo relevante a la hora de considerar la presencia o no de habitualidad no es el número de actos violentos que se producen, sino que la repetición de los mismos supongan un trato degradante para la víctima debido al estado de agresión permanente en el que ésta se encuentra. De hecho, la jurisprudencia más reciente respalda esta opinión señalando que lo que caracteriza a la habitualidad es la creación de un estado de agresión permanente. De este modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio del 2000 RJ 6823 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo del 2002 RJ 6380 señalan que «lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente».

Ante lo expuesto, considero que el hecho de exigir que se hayan realizado tres o más actos violentos para que exista habitualidad es un criterio insuficiente, ya que el clima

⁴³ Véase DEL ROSAL BLASCO, Violencias y malos tratos en el ámbito familiar, cit., p. 161

de agresión permanente en el que vive la víctima puede darse por otros factores diferentes, al igual que puede darse con un número menor de actos violentos.

Teniendo en cuenta de nuevo el artículo 173.3, éste establece que la habitualidad cabe acreditarla mediante actos violentos que recaigan sobre diferentes sujetos pasivos de los recogidos en el apartado anterior del artículo. Es indiferente que los actos violentos recaigan sobre la misma o distintas personas que forman el núcleo familiar o cuasifamiliar, ya que lo importante es el estado de agresión permanente que se produce como consecuencia de la suma de esas violencias, determinando un trato degradante para las víctimas. La reiteración de la violencia sobre miembros distintos del núcleo familiar puede crear un estado de agresión permanente que determine un trato degradante por parte del agresor sobre todos los miembros del grupo familiar que se encuentran sometidos a ese estado de agresión, de modo que existirían tantos delitos de violencia doméstica habitual como personas sometidas a trato degradante.

Otra de los requisitos del artículo 173.3 debe ser tenido en cuenta a la hora de concretar las características de la habitualidad. El artículo sostiene que la habitualidad se aprecia con independencia de si los actos violentos han sido objeto o no de enjuiciamiento en procesos anteriores. El problema la confrontación doctrinal a la que esta afirmación de lugar.

Un sector de la doctrina y la jurisprudencia considera que esta afirmación es contraria al principio *non bis in idem*, ya que en su opinión existe una duplicidad de sanciones penales en casos de identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sin embargo, considerándolo de ese modo se daría el absurdo de que la víctima tendría que esperar a denunciar hasta que el agresor la hubiera agredido dos o tres veces, ya que de hacerlo a la primera agresión si el agresor fuera condenado ya no tendría la posibilidad de que fuera condenado de nuevo posteriormente por la repetición del mismo delito. La jurisprudencia más reciente entiende que el enjuiciamiento anterior de los actos violentos no infringe el principio *non bis in idem*, ya sea por entender que el delito de violencia doméstica presenta una estructura típica de delito de hábito o por considerar que los actos de violencia tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

De hecho, el concurso de delitos entre el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas de cada acto violento por separado se justifica a partir de la habitualidad.

Al considerar el delito de violencia doméstica habitual como un tipo de trato degradante que protege la integridad moral y cuyo desvalor radica en la reiteración de violencias, se puede justificar una valoración jurídico-penal autónoma y diferente de la que se valora en los delitos o faltas de cada acto violento por separado. Es decir, que se entiende que se protege una entidad valorativa diferente en el artículo 173.2 a la que se protege en el caso de los delitos o faltas de lesiones, no produciéndose por tanto una doble valoración de un hecho idéntico.

Esto último también da lugar a discrepancias por el principio de cosa juzgada, debido a la afirmación de un sector de la doctrina de que hay una vulneración del principio de cosa juzgada puesto que tal inciso permite que no se tenga en cuenta una sentencia absolutoria o condenatoria firme anterior. No parece que esto sea así, puesto que realmente no hay una infracción del principio de cosa juzgada sino lo contrario, ya que los actos de violencia que se acrediten por una sentencia anterior, siempre que no sea por delito de violencia doméstica habitual (si así fuera daría lugar a la agravante de reincidencia), se tendrán en cuenta en el marco del procedimiento a seguir por el delito de violencia doméstica habitual, sin que se puedan modificar los hechos que hayan resultado probados en la sentencia anterior.

Por último, se discute también si los actos violentos que hayan prescrito pueden ser considerados a la hora de acreditar que hay habitualidad en la violencia. Aunque un sector doctrinal considera que no pueden ser considerados puesto que se vería afectada la seguridad jurídica al no respetar el fundamento de la prescripción, la jurisprudencia ha venido considerando lo contrario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1999 RJ 3332 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2000 RJ 5792 sostienen que los actos violentos a pesar de haber prescrito pueden ayudar a determinar la existencia de habitualidad, ya que se debe aplicar la regla de prescripción del delito de violencia doméstica habitual, no la regla de prescripción del delito o falta que dio lugar al acto violento por separado.

El delito de violencia doméstica habitual es un delito permanente, ya que el hecho típico crea un estado antijurídico que el agresor mantiene voluntariamente a lo largo del tiempo.⁴⁴ Por tanto, al encontrarnos ante un delito permanente, el comienzo de la

⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. en *El delito de malos tratos físicos y psíquicos*, cit., pp. 103 y 188, también considera que el presente delito presenta la estructura típica de un delito permanente.

prescripción no es el momento en el que se consuma el delito, sino el momento en el que se produce el cese de la violencia. Si el acto violento no formara parte del delito de violencia doméstica habitual, la prescripción sí que se realizaría conforme al delito o falta que constituya por sí sólo.

2.2. Proximidad temporal de las agresiones

El término habitualidad no sólo plantea un problema en torno a su significado, sino también alrededor de la proximidad temporal existente entre las agresiones. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 19 de noviembre de 1997 utilizó como justificación para la absolución el hecho de existir «una desconexión temporal entre la primera de las condenas como consecuencia de hechos acaecidos en el mes de octubre de 1993, distanciados más de un año de la agresión que nos ocupa, cometida en enero de 1995». El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 1999 RJ 3332 consideró que la afirmación en los hechos probados de palizas en varias ocasiones dentro de un mismo daño se considera suficiente para que pueda hablarse de malos tratos habituales. De este modo se da a entender que si se hablara de hechos cometidos en año diferentes no se podría hablar de habitualidad.

Hay coincidencia en la doctrina a la hora de señalar que los actos de violencia esporádicos o circunstanciales no acreditan la habitualidad, puesto que el tipo no castiga comportamientos aislados o esporádicos de violencia dentro del grupo familiar o cuasifamiliar, sino que castiga el sometimiento de la víctima a una violencia sistemática que desembocan en un estado de agresión permanente que implica un trato degradante para el sujeto pasivo. Tampoco se dará la habitualidad cuando las agresiones se produzcan en un espacio muy corto de tiempo como por ejemplo, tres o más agresiones producidas a lo largo de dos horas una misma tarde, ya que en ese caso todas las agresiones formarían parte del mismo acto violento. Por tanto, una vez más deseamos un criterio cuantitativo fijando un periodo de tiempo máximo entre las agresiones para acreditar la habitualidad, y será finalmente el Tribunal el que, a la vista de las pruebas

practicadas, valore y decida si tales actos de violencia determinan un clima de violencia permanente atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Además, no caben las formas imperfectas de ejecución en el delito de violencia doméstica, ya que la exigencia de habitualidad como elemento característico del tipo lleva a considerar, como ya se ha mencionado, que cada acto aislado de violencia no es un acto ejecutivo del delito de violencia doméstica habitual, pues faltaría esa nota característica de habitualidad, y se configuraría como un acto ilícito, una falta o un delito concreto. Esa característica del tipo configura el delito de violencia doméstica habitual como un delito habitual y un delito continuado, y también como un delito de estado o un delito permanente. Es decir, si la conducta es permanente y habitual, el delito se consuma y es un delito de violencia doméstica habitual. Si la conducta es aislada y no permanente, será constitutiva de otro delito o falta diferente al de violencia doméstica habitual.

VI. EL TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo requiere el dolo. No cabe la omisión por imprudencia, además de porque el legislador no lo ha previsto expresamente, porque la estructura típica del delito impide la comisión imprudente, ya que el ejercicio habitual de la violencia es incompatible con una conducta imprudente⁴⁵. La habitualidad en el maltrato es prueba suficiente de que el autor ha decidido realizar el hecho incondicionadamente.

En principio cabe cualquier clase de dolo, aunque resulta complicado imaginar supuestos de dolo eventual,⁴⁶ donde el autor se hubiera representado que la consecución de su fin pudiera conllevar un trato degradante de la víctima y contara con ello. Como ya se ha dicho, queda desterrada la comisión de este delito por imprudencia.

El dolo debe abarcar el conocimiento de la relación típica con el sujeto pasivo y los elementos objetivos del tipo, es decir, la reiteración de la violencia y la relación típica que proporciona al sujeto activo una relación de poder y dominio.

VII. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *El delito de malos tratos físicos*, cit. p. 173.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, MARÍA en *El delito de malos tratos físicos*, cit. p. 173.

La configuración del delito de violencia doméstica habitual como un tipo específico de trato degradante hace imposible la concurrencia de una causa de justificación⁴⁷, si bien es cierto que la doctrina se ha planteado que la reiteración de violencias en el ámbito familiar pueda estar justificado por el legítimo ejercicio del derecho de corrección que ostentan los padres y tutores respecto de sus hijos y pupilos.

Prácticamente la doctrina es unánime al considerar que la violencia habitual es incompatible con el ejercicio del derecho de corrección, ya sea por considerar que la violencia habitual no es un medio educativo⁴⁸ o por entender que no se puede concebir como un castigo moderado y razonable. Lo cierto es que no es posible considerar que la violencia doméstica habitual pueda ampararse bajo el ejercicio legítimo del derecho de corrección establecido en el artículo 54 del Código Civil, puesto que éste debe ejercerse de acuerdo a los límites previstos en el artículo 15 de la Constitución, el cual establece que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Ya se ha dicho en numerosas ocasiones que el delito de violencia doméstica habitual protege la integridad moral o el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, por tanto en ningún caso justificaría la violencia habitual, ya que el respeto a la dignidad humana no admite el mantenimiento de otros posibles derechos utilizando procedimientos que supongan un trato degradante. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, (Sección 1ª), de 15 de junio de 1998, considera que no son disculpables los malos tratos reiterados sobre los hijos, fuera cual fuera el nivel cultural de los acusados, dejando fuera de operatividad del ámbito penal el derecho de corrección.

Los mismos criterios se siguen a la hora de estudiar la posible justificación en base al ejercicio legítimo de la profesión, oficio o cargo de las violencias habituales ejercidas por educadores en relación con aquellas personas que debido a su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

VIII. LA CULPABILIDAD

⁴⁷ Así GRACIA MARTÍN, *Comentarios I, cit.*, pp. 467 ss.

⁴⁸ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *El delito de malos tratos físicos*, cit. p. 182.

Respecto a la culpabilidad, el delito de violencia doméstica habitual plantea problemas en relación con la influencia de determinadas circunstancias personales a la hora de valorar la culpabilidad del agresor.

Es especialmente relevante la influencia del alcohol en la conducta típica. ¿Puede o no puede la influencia del alcohol repercutir en la valoración de la culpabilidad del agresor? Es una constante que se repite en numerosas ocasiones, al igual que la influencia de los celos o el desamor. Hay un sector de la sociedad que justifica el comportamiento mediante esas influencias, siendo «una buena excusa para el hombre, una explicación suficiente para la mujer, una adecuada justificación para la sociedad y una atenuante o una eximente lícita para la Justicia»⁴⁹.

En supuestos como la influencia del alcohol o de las drogas, cabe plantearse la aplicación de la eximente completa o incompleta de intoxicación prevista en el artículo 20.2 o 21.1 del Código Penal, o la atenuante de grave adicción del artículo 21.2 del Código Penal. La consecuencia de su aplicación implica que si el sujeto a la hora de cometer el delito se halla en una situación de intoxicación plena como consecuencia del consumo de alcohol que implica una perturbación total de la conciencia queda exento de responsabilidad penal siempre que la intoxicación no se causara de propósito para cometer el delito. Lo cierto es que es difícil plantearse si opera o no la *actio libera in causa*, ya que es complicado afirmar que el agresor no puede prever que el consumo de alcohol le lleva a cometer el delito. Para aplicar cualquiera de las eximentes mencionadas será necesario que la intoxicación esté presente en el tiempo en el que se comete la agresión en todos los episodios violentos, que afecte a las facultades intelectivas del agresor y que el autor no haya previsto o debido prever que la ingestión de la sustancia pueda ocasionar la violencia.⁵⁰

También es relevante para la culpabilidad el mencionado derecho de corrección, ya que es posible que el autor ejerza la violencia creyendo erróneamente que se justifica por la concurrencia de una causa de justificación: el ejercicio legítimo del derecho de corrección. Como ya hemos expuesto anteriormente, no es una causa de justificación

⁴⁹ LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*. Planeta, 2009, p.73.

⁵⁰ Véase GRACIA MARTÍN, Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor Don Angel Toria López*, Comares, Granada, 1999, pp. 776 ss.

aplicable al delito de violencia doméstica habitual, puesto que el derecho de corrección se debe ejercer con unos límites constitucionales. Es posible que el progenitor que realiza la agresión pueda creer erróneamente en un acto aislado de violencia que actúa con la justificación del derecho de corrección, pero cuando esa violencia se ejerce de forma habitual llegando a un estado de agresión permanente que implica un trato degradante, resulta obvio que nadie puede considerar realmente que esté ejerciendo el derecho de corrección de forma razonable y moderada⁵¹.

Para finalizar el ámbito de la culpabilidad en el delito de violencia doméstica habitual, la jurisprudencia ha planteado la cuestión de si el miedo insuperable puede llegar a ser causa de inculpabilidad o una atenuante en el caso del progenitor que no evita los malos tratos que el otro progenitor o conviviente ejerce sobre su hijo. En caso de que quede probado que el miedo a que el maltrato al hijo aumente o desemboque también en una reacción violenta hacia su persona influyó en que el progenitor no hiciera nada para buscar el fin de las violencias sobre el menor, se aplicará por lo menos la atenuante analógica del miedo insuperable. Al respecto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1995 RJ 7400, un padre maltrata a su hija de nueve meses de edad hasta el punto de causarle un estado de coma por infarto cerebral, sin que su madre haga nada para evitarlo teniendo a su alcance maneras de hacerlo, «la madre con pleno conocimiento del carácter de su compañero y de la forma en que trataba a la niña, no hacía nada efectivo para evitarlo. Ello revela que la recurrente, durante los hechos acaecidos, pudo y debió evitar causalmente las agresiones. Muchas maneras a su alcance había para lograrlo». Se alega que la madre temía las consecuencias sobre ella y la niña, pero el Tribunal considera que «no basta con decir que el padre era irritable, agresivo e impulsivo para, sin más, establecer que ese carácter, conocido de la recurrente, influía de alguna manera en la actuación de ésta. Conocido es que el miedo vicia la voluntad pero no la anula, a diferencia de la fuerza irresistible», «ni el miedo era invencible e insuperable, ni éste podía estar amparado en hechos reales, especialmente efectivos. El «factum» recurrido no permite tampoco afirmar que el supuesto miedo no fuera perfectamente controlable o que, incluso, ese estado anímico fuera el único móvil de la acción». Por tanto se desestimó que se cumplieran realmente

⁵¹ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios I, cit.*, pp. 475 s. y *Culpabilidad y peligrosidad criminal, cit.*, pp. 777 s.

los requisitos para poder alegar la atenuante analógica de miedo insuperable, ya que como sostiene el Tribunal el miedo debe ser real, invencible e insuperable.

IX. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

El delito de violencia doméstica habitual presenta la problemática propia de los delitos especiales propios, es decir, hay una restricción de acceso a la autoría ya que debe haber una serie de cualidades para ser autor del delito. El autor del delito de violencia doméstica habitual únicamente puede ser una persona que esté ligada al sujeto pasivo por las relaciones contempladas en el tipo. Cabe la coautoría en el caso de que la conducta típica sea realizada conjuntamente por dos o más sujetos portadores de las relaciones típicas exigidas por el tipo. Como ya se ha dicho el tipo puede ser cometido en comisión por omisión, casos en los que existiría la autoría. Cabe también la autoría mediata en casos en los que se utiliza a otras personas como instrumento para ejercer los malos tratos habituales. Aquellos que sean ajenos a estas relaciones podrán ser inductores, cómplices o cooperadores necesarios, pero puesto que no realizan el tipo no podrán ser autores del delito de violencia doméstica habitual⁵².

X. RELACIÓN CONCURSAL CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

Probablemente es una de las cuestiones más complejas, a la vez que más discutidas que presenta el delito de violencia doméstica habitual.

Los principales problemas que plantea la relación concursal del delito de violencia doméstica habitual con otras figuras delictivas surgen en relación con los resultados delictivos que ocasionan los actos violentos que integran la conducta típica del delito. La forma de cometerse el delito de violencia doméstica habitual implica que como consecuencia de los actos violentos se produzcan resultados lesivos muy diversos que realizan también otros tipos delictivos además del suyo, afectando a otros bienes jurídicos como la libertad, la salud, la integridad personal o moral, etc. También resulta complicada la relación concursal cuando hay una pluralidad de hechos constitutivos de delito de violencia doméstica habitual y cuando los actos violentos recaen sobre varios de los sujetos que se mencionan en el tipo.

⁵² Sobre todo ello, véase MUÑOZ SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal II*, cit., p. 145.

Respecto al concurso de delitos entre el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas de cada acto violento por separado, como ya se ha mencionado, se justifica a partir de la habitualidad. El delito de violencia doméstica habitual es considerado como un tipo de trato degradante que protege la integridad moral. Su desvalor radica en la reiteración de violencias y se puede justificar una valoración jurídico-penal autónoma y diferente de la que se valora en los delitos o faltas de cada acto violento por separado. Por tanto resulta claro que en el artículo 173.2 se valora la situación de agresión permanente como una afección a la integridad moral, afección que no queda desvalorada por la sanción de cada acto en sí. Se añadiría la pena del artículo 173.2 a la pena que tuviera cada acto considerado de forma aislada. A modo de ejemplo, si como consecuencia de las violencias ejercidas se ocasionan lesiones, habrá que apreciar un concurso entre los delitos del artículo 173.2 y el correspondiente de lesiones.

Una vez queda claro la posibilidad de realizar el concurso de delitos, la siguiente duda se forma alrededor de la clase de concurso que se debe constituir en estos casos. Un sector de la doctrina considera que se trata de un concurso real de delitos, ya que el elemento típico de la habitualidad implica que haya una pluralidad de acciones que hace imposible que haya unidad de acción entre el delito o falta del acto de violencia aislado y el delito de violencia doméstica habitual. Otras opiniones doctrinales consideran, en cambio, que una parte de la acción de la falta o delito del acto de violencia aislado contribuye a que se produzca el tipo de ambos delitos formando una unidad de acción, lo que da lugar a considerar que estamos ante un concurso ideal⁵³. Es cierto que hay unidad de acción en los casos en los que el delito o falta del acto de violencia aislado conserva el estado de agresión permanente que se tipifica en el artículo 173.2. Cabe plantearse cuáles son las relaciones concursales más frecuentes que podemos encontrar, y son la relación concursal con los delitos y faltas de lesione, la relación concursal con los delitos contra la libertad y la relación concursal con los delitos contra la integridad moral.

1. RELACIÓN CONCURSAL CON LOS DELITOS Y FALTAS DE LESIONES

⁵³ GRACIA MARTÍN, *Comentarios I, cit.*, p. 487.

Los actos de violencia física que integran este delito son conductas constitutivas de delitos de lesión, ya sea porque la lesión ocasionada se define como tal en el Código Penal, o porque produzca una lesión no constitutiva de delito o maltrato del tipo delictivo del artículo 153, el cual eleva a la categoría de delito las faltas de lesiones o el maltrato de obra operadas en el ámbito típico del delito de violencia doméstica habitual. Sea cual sea el caso, en ambos nos encontramos ante delitos de lesiones que tutelan un mismo bien jurídico: la salud e integridad personales. Por otro lado, el delito de violencia doméstica habitual busca castigar un desvalor específico, que no es otro que la lesión a la integridad moral proveniente de las agresiones habituales en el ámbito familiar o cuasifamiliar, un daño que no queda desvalorado si se castiga cada acto en sí salvo que se añada la pena del artículo 173.2. Como ya se ha dicho anteriormente, no se infringe el principio *non bis in idem*, puesto que nos encontramos ante desvalores diferentes: el atentado a la salud o integridad personal por un lado, y la situación de degradación o humillación que supone el sometimiento de la víctima a un estado de agresión permanente por otro.

Es cierto que supone una doble valoración de las relaciones de parentesco o cuasiparentales entre el agresor y la víctima, por lo que se propone en esos casos un concurso ideal entre el artículo 173.2 y las faltas correspondientes. Por la misma razón se rechaza el agravante de parentesco en el delito de lesiones en los casos en los que entre en concurso con el delito de violencia doméstica habitual, ya que la relación familiar de parentesco queda desvalorada en el momento en que se aplica el delito contra la integridad moral del artículo 173.2.

2. RELACIÓN CONCURSAL CON LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Se trata del concurso con actos de violencia psíquica que como actos singulares pueden constituir un delito de amenazas. Al igual que en el caso anterior del concurso con delitos de lesiones, se puede aplicar un concurso ideal puesto que se trata de delitos que desvaloran situaciones diferentes: en el delito de violencia doméstica habitual se desvalora la situación de vejación y humillación que sume a la víctima en un estado de agresión permanente, mientras que en el delito del artículo 169 se desvalora el menoscabo a la libertad como consecuencia de un acto concreto de amenaza. Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 RJ 5285 afirma que cuando se castiga por separado el delito de violencia doméstica habitual y el delito de

amenazas en el cual se ha concretado un acto de violencia no supone una vulneración del principio *non bis in idem*.

3. RELACIÓN CONCURSAL CON LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

La relación concursal entre los delitos contra la integridad moral y el delito de violencia doméstica habitual viene determinada por el hecho de considerar el delito de violencia doméstica habitual como un delito contra la salud e integridad personales o como un delito contra la integridad moral.

El sector de la doctrina que considera el delito del artículo 173.2 como un delito contra la salud e integridad personales considera que la concurrencia es un concurso ideal de delitos entre el antiguo artículo 153 y el artículo 173. La opinión doctrinal que considera que el delito del artículo 173.2 es un delito contra la integridad moral, considera que tutelan por tanto el mismo bien jurídico, y por tanto no cabe lugar a apreciar acumulativamente ambos delitos ya que significaría que se está valorando dos veces lo mismo. Como ya hemos dicho, el delito de violencia doméstica habitual presenta un tipo específico de tratos degradantes, debido a la sujeción de la víctima respecto a su agresor proporcionada por el ámbito familiar o cuasifamiliar, cuya función es castigar las violencias habituales realizadas en esos ámbitos como un trato degradante específico. Por ello, la relación entre ambos delitos es una relación de concurso de leyes, que por especialidad se resuelve a favor del artículo 173.2, puesto que el tipo de la violencia doméstica habitual tiene mayor especificidad, lo que produce que una vez se aprecia consuma el desvalor del delito de trato degradante grave.

En el caso de la duda que se plantea sobre si el delito del artículo 173.2 puede integrarse por actos violentos sucesivos, siendo cada uno por separado un trato degradante grave tipificado en el apartado anterior del artículo 173, en principio podría considerarse que esos actos realizan el tipo del delito de violencia doméstica habitual, ya que al ser una reiteración de la violencia implica un estado de agresión permanente para la víctima marcado por la habitualidad.

El delito de violencia doméstica habitual también puede tener relación con delitos como los delitos contra la libertad sexual, delitos contra la vida, delitos de injurias, delitos de amenazas, delitos relativos a la prostitución...

Hay que plantearse también si existe la posibilidad de que un sujeto pueda cometer una pluralidad de delitos de violencia doméstica habitual. Un ejemplo sería el de un padre que maltrata a su hijo en reiteradas ocasiones, de modo que las agresiones son habituales, pero pasado un tiempo, deja de hacerlo. Una vez ha pasado un periodo de tiempo considerable, ¿si ese padre maltrata de nuevo a su hijo en reiteradas ocasiones se han sucedido dos delitos de violencia doméstica habitual diferentes o es un único delito de violencia doméstica habitual? En mi opinión estaríamos ante un único delito de violencia doméstica habitual, ya que aunque pase un tiempo considerable, se habría dado desde el primer episodio violento continuado la nota característica de la habitualidad, que continúa dándose cuando se produce el segundo episodio de violencia, el cual no es un episodio nuevo, sino una continuación del primero aunque haya pasado un largo periodo de tiempo⁵⁴. El segundo episodio de violencia continuada no sería sino una repetición más que fundamenta la nota de habitualidad presente en el propio delito del artículo 173.2. Hay sectores doctrinales que se oponen a esta afirmación, considerando que los actos del primer episodio constituirían un delito del artículo 173.2, y los actos del segundo episodio constituirían otro delito del artículo 173.2 diferente, con la aplicación del agravante de reincidencia al cometerse la misma clase de delito por segunda vez.

Lo que sí que no deja lugar a dudas y ya ha sido mencionado varias veces, es el hecho de que existen tantos delitos de violencia doméstica habitual como personas sean sometidas a los episodios continuados de violencia y tratos degradantes. Es decir, si un padre maltrata de manera habitual a sus dos hijos y a su esposa, estaríamos ante tres delitos de violencia doméstica habitual.

XI. SANCIONES

El artículo 173.2 del Código Penal, que tipifica el delito de violencia doméstica habitual, establece respecto a las sanciones que «será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del

⁵⁴ Para GRACIA MARTÍN (*Comentarios I, cit.*, p. 450) no da lugar a un supuesto concursal, puesto que «una vez constituida la habitualidad, todos los actos singulares que exceden de ésta formarán parte del único delito habitual que se aprecie».

menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». Se sanciona a aquel que comete el delito de violencia doméstica habitual con:

- Penas acumulativas de prisión de seis meses a tres años.
- Privación del derecho de tenencia y porte de armas de dos a cinco años.
- Pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de uno a cuatro años en el caso de que el tribunal lo estime pertinente.

El Código Penal de 1995 aumentó de forma notable la pena de prisión del delito de violencia doméstica habitual, pasando a una pena de prisión de seis meses a tres años cuando en su antigua regulación tan solo se penaba con una pena de un mes y un día a seis meses de arresto mayor. Al igual que otros delitos, el delito de violencia doméstica habitual puede ser sustituido, pero sólo se permite la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad en base al artículo 88.1 que regula la sustitución de las penas privativas de libertad. Es concretamente al final de ese apartado primero dónde se establece que «En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima». Resulta lógico que la sustitución se realice de ese modo y no mediante multa, puesto que en caso de sustituirse la pena por una multa, al ser un delito íntimamente relacionado con la convivencia familiar, se podría dar el caso de que la pena acabara recayendo también sobre las propias víctimas al tener que aportar una cantidad de dinero que en muchos casos sería de peternencia común entre víctima y agresor⁵⁵.

Además, el artículo 88.1 añade la sujeción a programas de reeducación y tratamiento psicológico por parte del agresor, puesto que, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1003 RJ 805 «La doctrina de esta Sala, [...] considera que el delito de maltrato habitual como un problema de primera magnitud, y no sólo como un cuestión que afecta a la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta

⁵⁵ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, *El delito de malos tratos físicos*, cit., p.195.

penal es necesario que sea complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y de resocialización de los propios agresores», junto con la prohibición del artículo 83.1 que le impedirá acudir a determinados lugares y acercarse a la víctima y otras personas relacionadas con ésta que el Juez o Tribunal considere necesarias.

Además de la lógica pena de privación del derecho de tenencia y porte de armas (resultaría totalmente absurdo que una persona que ha acreditado su peligrosidad pudiera poseer armas) y la mencionada inhabilitación especial para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de uno a cinco años, acudiendo al artículo 57.2 del Código Penal encontramos que en el caso de delitos que se realicen contra los sujetos pasivos del artículo 173.2⁵⁶ se prevé «la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior». Es decir, acudiendo al artículo 48.2 del Código Penal por remisión del artículo 57.2, añadimos a las penas ya señaladas para el agresor la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de su familia u otras personas que determine el juez o tribunal por un tiempo superior entre uno y cinco años al de la duración de la pena de prisión, sin que pueda exceder de cinco años. Esta prohibición implica la imposibilidad para el agresor de acercarse a las víctimas sea cual sea el lugar dónde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, lugares de trabajo u otras localizaciones que frecuenten. Desgraciadamente este tipo de medidas no tienen un alto grado de efectividad en la práctica, puesto que muchos de los delitos de violencia doméstica habitual acaban desembocando en homicidios precisamente porque el agresor viola esa prohibición.

Por otro lado, hay que atender a los subtipos agravados del artículo 173.2. Concretamente el artículo establece que «Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la

⁵⁶ Como ya se ha especificado en el punto 2. REGULACIÓN VIGENTE de este mismo texto, los sujetos pasivos tras la última ampliación son el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza». Es decir, se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren:

- En presencia de menores.
- Mediante uso de armas, sin haber distinción por el tipo de arma utilizada.
- Cuando los actos de violencia tengan lugar en el domicilio común de víctima y agresor o en el domicilio de la víctima.
- Cuando se realicen quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 del Código Penal, es decir, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de su familia u otras personas que determine el juez o tribunal, que se traduce en la prohibición de acercarse a ellos sin importar el lugar dónde se encuentren y la de acercarse a su domicilio, puesto de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ellos.
- Cuando se realicen quebrantando una medida cautelar, de seguridad o prohibición de la misma naturaleza que las contempladas en el artículo 48.

Se echa en falta a pesar de que la mejora de la regulación de las penas ha sido notable con las últimas reformas, algún tipo de medida que incluya tratamientos y reeducación para el agresor como complemento a las penas que se imponen, no sólo cuando se sustituye por trabajos en beneficio de la comunidad. Considero que la reeducación del agresor es imprescindible y que debería ser una medida complementaria a imponer siempre, ya que si sólo se le castiga es más difícil conseguir cumplir el objetivo de que esa persona no cometa de nuevo el delito. El agresor no debe dejar de ejercer la violencia doméstica habitual para evitar ir a la cárcel o tener que realizar unos servicios, sino que debe dejar de ejercerla porque sabe que no es correcto y produce una serie de perjuicios a otras personas. Sin embargo no deja de ser difícil y los programas de reeducación no siempre tienen el éxito que se desearía.

XII. LA PRUEBA

Una vez analizado el delito de violencia doméstica habitual y sabiendo por tanto cuando se dan las características y del tipo y cuáles son las sanciones previstas para castigarlo,

falta una compleja cuestión por resolver. Hablamos de la prueba, uno de los problemas más difíciles de resolver a la hora de hablar de delitos de malos tratos.

Para poder considerar que los hechos acaecidos son constitutivos del delito de violencia doméstica habitual y poder condenar el delito como tal, el primer paso es comprobar que concurren los elementos típicos que se han venido examinando hasta el momento (que exista reiteración de episodios violentos y de malos tratos sobre alguno o algunos de los sujetos pasivos contemplados creando un estado de agresión permanente que determina un trato degradante por parte del agresor), pero además habrá que convencer al Juez de que los hechos han sucedido del modo relatado, de las consecuencias que ha supuesto para la víctima y demás características del delito concreto. La prueba es la actividad procesal dirigida a lograr dicha convicción, siendo de especial dificultad conseguirlo en el ámbito de la violencia doméstica puesto que la gran mayoría de los actos de violencia suelen tener lugar en el propio domicilio, lo cual impide que haya testigos que puedan acreditar los hechos ocurridos.

Además, en casos en los que haya una actitud sumisa o de dependencia de la víctima por parte de su agresor, la actividad probatoria tendrá que vencer la actitud pasiva e incluso obstruccionista de la propia víctima. Es un clásico en el ámbito de la violencia doméstica, en especial en el caso de las mujeres maltratadas por sus maridos o aquellos unidos a ellas por relación análoga de afectividad, intentar restar la culpa del agresor aduciendo justificaciones o cambiando la versión de los hechos para evitarle la condena, ya sea por la relación afectiva existente o por miedo a posteriores represalias.

Recapitulando, en el ámbito de la violencia doméstica hay tres circunstancias principales que suponen grandes dificultades a la hora de probar el delito:

- Son delitos que suelen producirse en la intimidad del ámbito doméstico, sin que estén presentes terceros que no formen parte del núcleo familiar.
- Hay una especial situación de la víctima frente a la agresión de otro miembro del núcleo familiar.
- La víctima y el agresor tienen o han tenido una relación de afectividad.

El problema de la falta de testigos directos de la violencia doméstica habitual no es un obstáculo imposible de salvar que impida acreditar los malos tratos sucedidos, puesto que la jurisprudencia ha entendido que la declaración de la propia víctima puede

constituir prueba de cargo suficiente para declarar⁵⁷. Así lo sostiene, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1992 RJ 7098 «el testimonio de la víctima tiene el valor de actividad probatoria de cargo, legítima [...] siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o que provoquen en el Tribunal de instancia una duda que impida su convicción. Lo que quiere decir, en otras palabras, que el testimonio único constituye un válido medio probatorio, aunque proceda de la propia víctima del delito, siempre que el órgano a quo pondere y valore con toda medida y discreción las concurrentes circunstancias del caso».

Nadie debe verse perjudicado por el hecho de que el suceso violento que se ha cometido se desarrolle en la intimidad entre víctima y agresor, ya que de ese modo un gran número de delitos quedarían impunes. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987 RJ 8597 sostiene que «en delitos, como los aquí enjuiciados, no suelen existir otros elementos de prueba que las versiones dadas por la víctima y el procesado, pues lo lógico, es que no existan testigos presenciales, salvo situaciones excepcionales».

Para que el testimonio sea considerado verdadero, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1992 RJ 7098 considera que «en la ponderación o crítica de un testimonio para su credibilidad como prueba de cargo se han de llenar, según la doctrina de este Tribunal [...] las notas siguientes: 1.º Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones procesado/víctima que pudieron conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente. 2.º Verosimilitud. El testimonio que no es propiamente tal, en cuanto la víctima puede mostrarse parte en la causa ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo fundamental es la constatación de real existencia de un hecho. 3.º Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones». Estos tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que los jueces puedan dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo.

⁵⁷ Sobre la validez probatoria del testimonio de la víctima, véase en general GRACIA MARTIN, Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 1, 1998, pp. 223 ss.

Además del testimonio de la víctima, que puede ser suficiente para acreditar la culpabilidad del agresor si se constata que es verdadero, también se pueden utilizar como pruebas los testimonios de testigos (si los hubiera),

Por último, como ya se ha mencionado, no hay que olvidar tener en cuenta que la víctima de la violencia doméstica con frecuencia se encuentra sometida psicológica, afectiva y económicamente a su agresor por lo que en muchas ocasiones, la prueba se desarrolla con una escasa o nula colaboración de la víctima que, incluso, como ya se ha dicho llega a obstruir la investigación o acreditación de los hechos porque, ya sea por su situación de desprotección, ya sea por la afectividad, tiende a negar, minimizar o justificar la agresión. Es por ello que resulta esencial para que este tipo de delitos se puedan combatir de forma eficaz que todas las personas que intervienen en el proceso penal (autoridades, funcionarios, testigos...) extremen la diligencia en el desempeño de sus respectivas funciones en todas sus intervenciones relacionadas con el ámbito probatorio. Sobre todo hay que prestar especial atención a la frecuente retractación por parte de la víctima, que cambia su relato de los hechos de la tramitación previa del procedimiento al acto del juicio, o que directamente no acude al acto de juicio, dándose de ese modo la imposibilidad de condenar al culpable del delito de violencia doméstica.

XIII. CONCLUSIÓN

La problemática de la violencia doméstica habitual ha visto ampliada su protección y defensa a lo largo del paso del tiempo. Ha pasado de ser un problema invisible a ser un problema conocido, y en general, repudiado socialmente. Se ha pasado de ver normal golpear a una mujer o a un hijo a que esos actos generen un profundo rechazo en la sociedad. Sin embargo, a pesar de los cambios, no es suficiente.

En 2012 hubo un total de 7298 víctimas de violencia doméstica habitual en España. 2788 eran hombres y 4510 mujeres. La violencia doméstica sigue centrándose sobre todo en la violencia sobre la mujer, que es la principal víctima. Si bien es cierto que cuentan con ayudas, el número de mujeres asesinadas a manos de sus parejas o exparejas sigue siendo alarmante. Muchas de ellas no se atreven a denunciar la situación que viven en su núcleo familiar, que puede afectar también al resto de miembros de la familia. De forma incomprensible cuando se llega al extremo de mujeres asesinadas a manos de sus parejas o exparejas, es bastante común escuchar como los medios de

comunicación afirman que no había denuncias previas. La violencia contra la mujer, en contra de una opinión bastante generalizada, no es más común en ambientes de pobreza. Cada vez más aumentan los casos en mujeres de clase social media y alta.

No hay que olvidar tampoco a los hombres maltratados. Si para la mujer es difícil denunciar por miedo al qué dirán, a las represalias, o porque sencillamente, confían en que la situación mejorará por sí sola, en el caso del hombre se añade además la vergüenza que en muchos casos les puede suponer denunciar que una mujer les maltrata al tener la idea de que dará una imagen de falta de hombría, de pusilanimidad, de no tener agallas... Algunos hombres incluso piensan que no existe una estructura que pueda ayudarles como en el caso de las mujeres maltratadas. Otra opinión generalizada es que los hombres que sufren malos tratos pertenecen al colectivo homosexual, siendo una realidad que también hay mujeres que maltratan a sus parejas.

El artículo 173.2 gracias a su ampliación en el círculo de sujetos permite que casos de violencia habitual sean tratados como lo que son, delitos especiales que precisan de una pena más concreta y elevada que otra clase de delitos. Sin embargo, aunque la regulación actual trata de abarcar todas las situaciones posibles en las que se da el delito de violencia doméstica habitual, sigue faltando algo. Hay cambios, pero no los suficientes. Si bien es cierto que resulta utópico soñar con erradicar la violencia doméstica del todo, no lo es buscar la manera de rebajar las cifras lo máximo posible.

Un problema añadido resulta la reincidencia que acompaña en muchos casos a este tipo de conductas, por lo que se echa en falta, como ya se ha comentado, la obligatoriedad en las medidas de tratamientos y reeducación del agresor. «No se nace mujer, se llega a serlo» decía Simone de Beauvoir. Daniel Welzer-Lang la parafrasea afirmando que no se nace hombre, y menos aún violento, sino que se llega a serlo.⁵⁸ Por tanto es tan importante no sólo la actuación una vez cometido el delito, sino también la actuación previa. No deseamos que se llegue a ser alguien violento, por lo que hay que tratar de erradicar el problema desde la raíz. Nadie merece que se le maltrate, ni siquiera en una única ocasión aislada.

⁵⁸ WELZER-LANG, DANIEL. *La violencia doméstica a través de 60 preguntas y 59 respuestas*. Alianza editorial. 2007. P. 44

Es por eso que es necesario concienciar, a las posibles víctimas y a los posibles maltratadores de que esa opción es una opción no válida. La víctima debe ser consciente de que lo es, pero también el maltratador debe ser consciente de lo que supone su actitud, y tratar de cambiarla, ya que supone una gran mejora no solo para las víctimas, sino también para ellos y el conjunto de la sociedad. También se debe continuar fomentando la denuncia de la situación por parte de aquellos que sean testigos de la violencia ejercida, puesto que en muchas ocasiones el miedo o la opinión «no es mi problema» provocan que una situación que se podría haber evitado llegue a extremos peores porque nadie se ha atrevido a hacer público lo que pasaba.

La violencia doméstica habitual es un problema de todos, por lo que todos tenemos la obligación legal y moral de denunciar la situación si sabemos que existe. Además últimos estudios afirman que el 85% de las denuncias de malos tratos acaban con la absolución del acusado, por lo que es necesario también aumentar la formación de los expertos jurídicos en la materia, al igual que la sensibilización de los médicos que descubren una situación de malos tratos alentándoles a denunciar esa situación que conocen de primera mano.

«Si hay un problema que se repite y no se resuelve, corremos el riesgo de que se acepte, al menos una parte de él, como normal. Y los problemas no resueltos en el pasado serán obstáculos y conflictos en el futuro, siempre aparecerán como piedras que salpican el camino y en las que de manera inevitable se tropezará» afirma Miguel Lorente Acosta.⁵⁹ No podemos dejar que el problema de la violencia doméstica habitual se acepte, hay que continuar trabajando en su erradicación para en un futuro, evitar tropezar de nuevo con una piedra que hiere en profundidad y se cobra demasiadas víctimas.

⁵⁹ LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ares y Mares, 2001, p. 24.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTIN, La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.

CUELLO CONTRERAS, El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad, *Poder Judicial* nº 32, 1993

DEL ROSAL BLASCO, Violencias y malos tratos en el ámbito familiar, en *Mujer y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

DEL ROSAL BLASCO, en Lorenzo Morillas (coordinador), Sistema de Derecho penal español. Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 196 ss.

DÍEZ PICAZO/GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil (vol. IV): Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Tecnos. 2006.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, EVA MARÍA, Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código penal, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Madrid. 2002, pp. 315 ss.

GARCÍA-MINA, ANA Y CARRASCO, MARÍA JOSÉ. *Violencia y género*. Universidad Pontificia ICAI-ICADE, Comillas.

GIL RUIZ, JUANA MARÍA, *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Dykinson, 2007.

GRACIA MARTÍN, El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1.995, publicado en *Cuadernos de Derecho judicial*, XXXI, Madrid, 1995.

GRACIA MARTÍN, en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GRACIA MARTÍN, Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor Don Angel Toria López*, Comares, Granada, 1999.

GRACIA MARTIN, Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 1, 1998, pp. 223 ss.

LORENTE ACOSTA, M. *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*. Ares y Mares. 2001

MORILLA CUEVAS en *Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica*, publicado en *Estudios penales sobre violencia doméstica*. Lorenzo Morillas Cueva (coord.) Madrid. 2002.

MUÑOZ CONDE , FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch.

MUÑOZ SÁNCHEZ, El delito de violencia doméstica habitual del art. 173.2, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal Parte Especial II*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, I, 2ª ed., puesta al día por E. Gimbernat, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1972.

WELZER-LANG, DANIEL. *La violencia doméstica a través de 60 preguntas y 59 respuestas*. Alianza editorial. 2007.